

Vertheidiger der Rechtsanwälte Mittermaier in einem vortreffli=chen, in der vorliegenden Zeitschrift im 44. B. sub Nr. XIV. S. 391 ff. enthaltenen Aufsatze darauf hingedeutet, daß die gei=stige Bewegung, die sich jetzt für eine Verbesserung der Rechts=pflege in Deutschland kund gebe, sich auch des Anwaltstandes be=mächtigen müsse und darauf aufmerksam gemacht, daß jede Hoff=nung auf eine gründliche Reorganisation der deutschen Rechts=pflege scheitern müsse, wenn nicht die Stellung des Anwaltstan=des einer durchgreifenden Verbesserung sich erfreue. Die besten Formen haben als solche nur geringen Einfluß, wenn nicht ein würdiger Geist dieselben belebt. Möchte daher der deutsche Juristentag dieß wohl beherzigen und sich wenigstens wie bei der Civilprozeßordnung über gewisse Grundsätze einigen, die der gemeinsamen für Deutschland zu errichtenden Advokatenordnung zur Basis dienen.

IX.

Praktische Beiträge zur Lehre von der Aufforderung zur Klage, besonders von der Diffamationsklage.

Nebst einer historischen Einleitung.

Von

Herrn Bopp,

Advokat in Darmstadt.

Professor Dr. Muther hob im Eingang seines so schätz=baren Beitrags zum zweiten Band des mit von ihm herausge=gebenen Jahrbuchs des gemeinen deutschen Rechts (1858): Die Diffamationsklage hervor, diese sei das Erzeugniß neue=rer Rechtsentwickelung. Zur Zeit der Glossatoren in Italien in Gemäßheit des Bedürfnisses des Verkehrs erwachsen, hätten die Juristen dieses Rechtsmittel auf das Römische Recht, besonders auf die L. 5 Cod. de ingen. manum (7, 14) zurückzuführen gesucht; mit diesem recipirten Recht sei es namentlich in Deutsch=

land eingewandert [1]), und in der Praxis habe es sich so sehr eingebürgert, daß die Reichsgesetzgebung abwehrend habe einschreiten müssen; auch später habe das Rechtsmittel seine große praktische Bedeutung behauptet, was bezeugt werde von den zahlreichen Schriften und Ausführungen der gemeinrechtlichen Juristen über dasselbe und von der Umständlichkeit, mit welcher seiner in einzelnen Partikulargesetzgebungen gedacht sei; noch jetzt dürfte die Zahl der deutschen Gerichte, bei welchen keine Diffamationsklagen anhängig seien, eine geringe sein.

Diese Vorbemerkungen führten mich dazu, mir die Frage vorzulegen, wie es sich mit dem Institut der Diffamationsklage in meiner näheren Umgebung verhalte? und zu dem Versuche einiger Beantwortung derselben.

Da das Römische Recht auch die Gauen eroberte, welche jetzt den Kern des rechtsrheinischen Theils des Staats, dem ich angehöre, bilden, so brachte es denselben auch jenes Institut, das sofort nach und nach in dem Kreise der Rechtssprechung Raum fand. Für diese Thatsachen liegen zwei Urkunden vor. Die erste Urkunde ist eine im Jahr 1667 zu Frankfurt a. M. erschienenen Schrift des hessischen Juristen Malcomesius [2]): Observationes practicae fori hassiaci, welche eine Reihe von Rechtsfällen aus der Praxis der Gerichte der Landgrafschaft Hessen-Darmstadt und aus der Zeit des sechszehnten und siebenzehnten Jahrhunderts überliefert hat. S. 23—26 werden unter der Aufschrift: „In processu L. diffamari trina citatio requiritur“ zwei Erkenntnisse aus den Jahren 1600 und 1603 mitgetheilt, welche mehrere Fragen, namentlich die Frage, welcher Richter der zuständige sei und die weitere Frage: „an judicium diffamationis absorbeat actionem injuriarum?“ (Verneinung) berührt. Die zweite Beurkundung ist eine Stelle der „erneuerten und verbesserten Marpurgischen Sambt-Hoff-Ge-

---

1) Für Frankreich blieb es ein Fremdling. Schlink, Commentar zur französischen Civilprozeßordnung, Band 2, 1843, S. 116—121: von Provokationsklagen.

2) Strieder: Grundzüge zu einer hessischen Gelehrten- und Schriftsteller-Geschichte, Band 8, 1788, S. 224.

richtsordnung" vom Jahr 1676, erlassen für das den beiden Landgrafschaften Hessen-Cassel und Hessen-Darmstadt gemeinschaftliche Hofgericht [3]). Denn in dem Titel IX., welcher „von den Klagen" handelt, und zwar im §. 3 [4]), heißt es (im Einklang mit der abwehrend eingreifenden Reichsgesetzgebung) [5]):

> Hoffrichter und Beysitzer unsres Sambt-Hoffgerichts sollen auch fleißig Uffsicht halten, damit das Remedium L. Diffamari nicht mißbraucht, sondern hierinnen die Disposition sowohl der gemeinen Rechten, als der Reichs-Satzungen in gute Obacht genommen und keine Citatio L. Diffamari anderer Gestalt, es wehren dann die Diffamanten in specie namhaft gemacht, die angegebene Diffamation auch, noch vor der Ladung, durch schrifftliche oder andere glaubige Uhrkunden und Anzeige etzlichermaßen beygebracht und erwiesen, erkennen. Nach Erkennung der Prozeß aber sol vor allem die Diffamation volkomblich erwiesen und uff deren Erweisung die Hauptsach an das Gericht remittirt werden, wohin dieselbe ihrer Eigenschafft und Umbständen nach gehört.

Diese Stelle des geschriebenen Partikularrechts ist, was die Landgrafschaft Hessen-Darmstadt angeht, zugleich bis auf die neueste Zeit und bis jetzt die einzige Emanation der Landes-Gesetzgebung über die Diffamationsklage [6]). Von ihr schweigt namentlich die für diese Landgrafschaft erlassene und noch jetzt praktische Civilprozeß-Ordnung vom Jahr 1724 (denn das Wort: Provokation, dessen sie sich bedient, bedeutet Berufung, Appellation).

Gegenüber der von dem Justizminister v. Grolman beabsichtigten und in einem die Diffamationsklage nicht berührenden Entwurf hervorgetretenen Civilprozeß-Gesetzgebung [7]) handelt

3) Ledderhose: Kleine Schriften, Band 4, 1792, S. 43—174: vom Samt-Hofgericht und Samt-Revisionsgericht in Hessen.

4) Kopp: Ausführliche Nachricht von der Verfassung der Geistlichen und Civilgerichte in den Hessen-Casselischen Landen, Bd. 2, 1771, S. 182.

5) Dieses Archiv, Band 18, S. 225, Bd. 3, S. 342, 343.

6) Der andere hessische Staat besitzt die Hanauische Untergerichtsordnung vom Jahr 1764, welche im Titel XXXI. (Art. 156—169) „von den Provokationsprozessen" handelt. Kersting: Die Sonderrechte im Kurfürstenthum Hessen. Fulda 1857, S. 621—625.

7) Dieses Archiv, Bd. 3, S. 238—242.

der auf dem letzten Landtage den Ständen vorgelegte, aber wegen der Hoffnung einer vaterländischen Prozeßordnung zurückgelegte Entwurf eines solchen Gesetzbuchs (Tit. 38) „von den Aufforderungen zur Klage" [8]), und zwar wegen Diffamation, und zur Erhaltung von Einreden. Im Allgemeinen leuchtet die Absicht hervor, die Grundsätze zu codificiren, welche von der Rechtsübung bezüglich der Lehre von der Provokation getragen erschienen. Als neu erscheint nur die Vorschrift des Art. 791, indem vermöge desselben, nach dem Vorbilde neuerer deutschen Gesetzgebungen, eine Provokation auch dann statthaft sein soll, wenn Jemand die Ausführung eines Baues beabsichtigt, aber Widersprüche Dritter besorgt. Man erachtete es nämlich für sehr zweckmäßig, auch einem Baulustigen, damit er sich vor Nachtheil bewahren und störenden Provisorien während des Baues vorbeugen könne, die Befugniß einzuräumen, bei dem Gericht, dessen Sprengel der Bauplatz angehört, gegen diese Dritte eine Provokationsklage zu erheben, und sie unter Vorlegung des Bauplans aufzufordern, ihre etwaigen Widersprüche innerhalb bestimmter Frist zu erheben, oder sich zu gewärtigen, daß sie sonst nicht mehr gehört würden.

Im fünften Band der Heuser'schen Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen, 1858, findet sich eine Mittheilung, überschrieben: „Provocatio ex lege diffamari", die also eingeleitet wird: „Bezüglich der prov. ex lege diff. sind zwar in verschiedenen Werken einzelne Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Cassel mitgetheilt worden; an einer übersichtlichen Zusammenstellung der Aussprüche dieses Gerichtshofs bezüglich dieses Rechtsmittels hat es jedoch bisher gefehlt, weßhalb eine solche hier versucht werden soll." Das Gleiche gilt von dem obersten Gerichtshofe des anderen hessischen Staates' dem Oberappellationsgericht in Darmstadt, und zwar noch im vermehrten Grade, indem dessen Rechtsprechung bezüglich der Diffamationsklage noch viel weniger hervorgetreten ist. Im zwölften Band des Seuffert'schen Archivs der Entscheidun-

---

8) Ueber dieses Institut nach dem herzoglich Coburgischen Gesetze vom 1. Dezember 1858, siehe dieses Archiv, Band 43, S. 130, 131.

gen der obersten Gerichte in Deutschland ist S. 286 (Nr. 214) ein Erkenntniß desselben vom Jahr 1857 mitgetheilt, das sich dahin aussprach, daß, da bei dinglichen Klagen nur dem Besitzer der betreffenden Sache das Recht zur Erhebung dieser Provokation zustehe [9]), außer der Bescheinigung des Berühmens eines dinglichen Anspruchs von Seiten des Provokaten auch die Bescheinigung des Besitzes auf Seiten des Provokanten beigebracht werden müsse, weiter dahin, daß die Provokationen nur ein außerordentliches und subsidiäres Rechtsverfolgungsmittel seien. Für Letzteres hatte sich das Tribunal schon in einem Erkenntnisse vom Jahr 1846 entschieden, welches im vierten Band des Archivs für praktische Rechtswissenschaft (1857) S. 534 mitgetheilt ist. Der neunte Band desselben Archivs veröffentlichte S. 284—286 ein weiteres Urtheil des Tribunals vom Jahr 1860, dahin gehend, daß auch ein gerichtliches Berühmen von klagbaren Rechtsansprüchen die Provokationsklage ex lege diffamari begründe. Wenn ich also in Folgendem noch einige der Lehre von der Diffamationsklage angehörige Rechtssprüche aus der Praxis dieses Tribunals darlege, so bedarf diese Mittheilung um so weniger einer Rechtfertigung, da dieses Archiv schon so vielfach zur Cultur der Doctrin von der Provokation zur Klage beigetragen hat, und so die Aufforderung dazu nahe liegt, ein weiteres Scherflein zu liefern. Diese Rechtsfälle betreffen die Diffamationsklage. Als Anhang ist ein Rechtsfall bezüglich der provocatio ex lege si contendat beigefügt.

1) Unzulässigkeit der Provokation, wenn der angebliche Anspruch bereits, wenn auch nicht in der Gestalt einer Klage, gerichtlich geltend gemacht war.

Das Gericht verwarf durch Erkenntniß vom 18. Dezember 1849 eine Provokation ex lege diffamari auch darum, weil eine Provokationsklage nur darauf gerichtet sein könne, daß eine noch nicht gerichtlich geltend gemachte angebliche Forderung im

9) Vgl. Jaup: Ueber die Provokationen zu dinglichen Klagen. Inauguraldissertation. Gieß. 1850.

Wege der Klage verfolgt werde, in dem vorliegenden Fall aber bereits am 4. August desselben Jahres das von der Provokatin angesprochene Recht (durch einen Antrag) gerichtlich geltend gemacht und durch Dekret vom 8. desselben Monats anerkannt worden sei; Provokant habe nur gegen dieses ihm zur Nachricht mitgetheilte Dekret remonstriren, nicht aber zur Provokation schreiten können. Auf Berufung des Provokanten reformirte das Mittelgericht dahin, daß Provokatin schuldig sei, ihre vermeintlichen Ansprüche klagend geltend zu machen ꝛc. Der Provokation stehe der Umstand nicht entgegen, daß Provokatin die berühmten Ansprüche bei Gericht geltend gemacht habe, indem dieses bis jetzt nicht in Gestalt einer Klage geschehen sei, und der Zweck einer Provokation wegen Diffamation, wie sie durch Doctrin und Praxis ausgebildet worden sei, gerade dahin gehe, den Provokaten zu nöthigen, die berühmten Ansprüche durch Anstellung der „Hauptklage" zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen; dieser Zweck werde aber durch jenen Antrag nicht erreicht; namentlich könne eine Remonstration wider die darauf ergangene Verfügung nur etwa die Bestätigung oder Aufhebung derselben, nicht aber den Erfolg haben, die Hauptsache selbst zur richterlichen Entscheidung zu bringen.

Das oberste Gericht stellte das Urtheil erster Instanz wieder her, nach Anleitung des dahin votirenden adoptirten Gutachtens des Referenten aus dem Grund: Der angeregte Anspruch war von der Provokatin, so weit sie es für dienlich erachtete, gegen den Provokanten bereits bei Gericht geltend gemacht worden, und dieses hatte einen Beschluß gefaßt, gegen welchen Letzterer seine Rechtszuständigkeiten wahren konnte und noch kann. Hiernach hat die Provokation keinen Boden [10]). Darauf ist kein Gewicht zu legen, ob die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs nur theilweise, wie es die eingreifenden Verhältnisse fordern, oder seinem ganzen Umfang nach hervortrat. Sonst würde der Kreis der Rechtsverfolgung in einer nicht zu rechtfertigenden

---

10) Rechtslexicon, Band 8, 1854, s. v. Provokation S. 541. Schweitzer: Ueber den Provokationsprozeß S. 53 ꝛc.

Weise eingeengt werden und die Chikane freies Spiel haben [11]). Schmid: Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses, Th. 3, 1845, §. 180 S. 43 [12]).

Erkenntniß vom 3. Januar 1851 in Sachen des Instrumentenmachers Wacker in Darmstadt, Provokanten, gegen die Wittwe des E. Kronenberger daselbst, Provokaten, wegen Diffamation.

2) Die Provokation nur ein subsidiäres Rechtsmittel. Der gegen einen Anspruch gerichtete Widerspruch und die dagegen eingelegte Verwahrung kein Berühmen.

Eine Ehefrau starb mit Hinterlassung von Vermögen, dessen Nießbrauch auf Lebenszeit ihrem Ehemanne zustand. Ihr Intestaterbe that gerichtliche Schritte zur Sicherung der ihm eigenthümlich zugefallenen Erbschaft, was den Ehemann veranlaßte, denselben ex lege diffamari zu provociren, davon ausgehend, daß er, Provokant, durch Vertrag mit seiner Ehefrau deren Erbe geworden sei. Als der dadurch hervorgerufene Rechtsstreit an das oberste Gericht erwuchs, erkannte dasselbe dahin, daß die Provokation abzuweisen sei. Die provocatio ex lege diffamari beruhe auf einer irrigen Auslegung der L. 5 Cod. de ingen. manum. (7, 14) [13]) und sei, da nach allgemeinen Grundsätzen ein Zwang zur Verfolgung von Rechten unzulässig sei, eine aus vermeintlicher Billigkeit hergeleitete Ausnahme; sie solle da aushelfen, wo auf anderem Wege nicht ge-

---

11) Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, 1859, erklärt S. 534, 535 den Provokationsprozeß für einen ordentlichen und meint, daß „damit auch gegen den vielbeschrieenen Mißbrauch des Provokationsrechts" das beste Rechtsmittel gegeben werde.

12) Der Verfasser lehrt, die Provokation sei unzulässig, wenn die Sache, deren Anhängigmachung durch die Provokation erzielt werde, schon auf eine andere Art vor Gericht gebracht worden sei, indem dann Diffamat alles Erreichbare, die Gelegenheit, sein Recht zu wahren, schon erreicht habe.

13) Wetzell: System des ordentlichen Civilprozesses, 1861, S. 67.

holfen werden könne [14]. Eben darum sei das Institut ein subsidiäres und begrenztes [15]. Nun sei Provokat vermöge seines Erbrechts befugt gewesen, Obsignation und Inventarisation zu verlangen, und da Erstere wieder aufgehoben worden sei, so erscheine Provokant nicht als beschwert. Wenn dieser behaupte, er sei vertragsmäßiger Erbe, so berühme er sich eines Rechts gegenüber dem Provokaten, der das Gleiche nicht thue, indem er sich darauf beschränke, hiergegen eine Verwahrung einzulegen. Eben so wenig liege in dessen Uebergabe der Abschrift des Protokolls vom Jahr 1837 eine Diffamation; es beurkunde nur dessen Behauptung, er sei Intestaterbe. Endlich sei in der Verwahrung des Anwalts des Provokaten gegen einseitige Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen keine zu einer Provokation hinreichende Diffamation zu erkennen, sondern nur ein fortgesetzter Widerspruch gegen das vom Provokanten behauptete unbescheinigte Erbrecht. Wenn eine Berühmung eine Provokation begründen solle, so müsse sie klar erkennbar sein; namentlich müsse die Absicht, zu diffamiren, hervortreten. [16] Es

14) Ein Gutsherr sprach das Eigenthum der von seinen Hintersassen besessenen Wohngebäude und Güter an. Diese provocirten ihn zu dessen Geltendmachung. Das oberste Gericht bestätigte das diese Provokation als begründet anerkennende Urtheil, vorzugsweise darum, weil Provokat früher gegen seine Hintersassen auf Anerkennung seines Eigenthumsrechts Klage erhoben, solche aber nicht verfolgt habe, daher die L. 8 Cod. quomodo et quando judex (7, 43) Anwendung finde. Erk. vom 11. Februar 1822 in Sachen des Valentin Westrupp und Consorten, Provokanten, gegen Freiherrn von Schenk zu Rülfenrod, Provokaten, wegen Berühmens.

15) Uebereinstimmend die Praxis des anderen hessischen obersten Gerichts nach dem Zeugnisse von Strippelmann a. a. O. S. 234—237. Vgl. nach dem 4. Band dieses Archivs S. 66 2c. Wetzell a. a. O. S. 66. Ueber das Prozeßrecht im Frankfurtischen, Bender, Handbuch des Frankfurter Civilprozesses, 1854, S. 156. Auch dort ist die Provokation nur ein subsidiäres Mittel.

16) Strippelmann theilt a. a. O. S. 241 ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom Jahr 1849 mit, dem zu Folge dasselbe sich dahin aussprach: daß, wenn Provokant den Provokaten zur Erklärung, resp. zur Bescheinigung darüber, daß er, Provokat, keine Ansprüche aus dem Vertrag herleite, aufgefordert, dieser aber dieß abgelehnt habe, hierin noch kein Berühmen von Ansprüchen, wie zur Provokation erforderlich, gefunden werden könne.

würde zu weit führen, wenn der überlebende Ehegatte die bei dem Act der Inventarisation des Nachlasses des verstorbenen Gatten erscheinenden und als solche anerkannten Intestaterben auf den Grund eines eigenen unbescheinigten Erbrechts mit einer Provokation ex lege diffamari sollte verfolgen können.

Erk. vom 11. Januar 1850 in Sachen des J. Frank in Seligenstadt, Provokanten, gegen J. W. Schwerins Ehefrau in Frankfurt a. M., Provokatin, wegen Vermögensherausgabe.

Vgl. Muther a. a. O. S. 144, 145, und ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts in Lübeck, mitgetheilt im 2. Band der Römer'schen Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen, 1856, S. 451—460. Vgl. auch den dritten Band des Seuffert'schen Archivs, Nr. 386 S. 445.

3) Bestimmtheit des Vorbringens, einen Anspruch zu haben, als Bedingung der Provokation.

A. richtete gegen B. eine Provokation ex lege diffamari: In Sachen des C. gegen B. habe sich Letzterer die ihm, A., nachtheilige Behauptung erlaubt, daß er, B., an die Ordre des A. einen Wechsel von 2000 Gulden gezogen und dieser ihm zur Deckung dieser Tratte namentlich auch einen Wechsel über 600 Gulden ausgestellt habe, der jedoch zur Verfallzeit protestirt worden wäre. B. berühme sich sonach eines Verhältnisses, welches, wenn gegründet, ein Klagerecht gegen ihn, A., begründe; auch behaupte B. nach den Acten, besonders in der ihm von demselben geschehenen Streitverkündigung, daß ihm ein solches Klagerecht zustehe. Hierin eine Diffamation zur Verletzung des Credits und der Ehre.

Der in Folge dieser Diffamation erwachsene Rechtsstreit erwuchs an das oberste Gericht, welches dahin reformirte, daß die Provokation als unbegründet abzuweisen sei: Als Gegenstand eines zur Provokation geeigneten Berühmens könne nur der aus dem Protest des Wechsels über 600 Gulden erwachsene Anspruch erscheinen. Von diesem Wechsel und dessen Protest sei nun in der zur Bescheinigung der Diffamation angezogenen Streitver-

kündigung gar keine Rede. B. spreche darin nur von dem Wechsel von 424 Gulden, wodurch eine Schuld des A., bei ihm, B., getilgt worden sei, und von einer Regreßforderung, die ihm, B., erwachsen könnte, wenn er in dem Rechtsstreite gegen C. unterliegen sollte. Darin sei keine Diffamation zu erkennen. Erst in der Erklärung auf die Klage erwähne B. des Wechsels über 600 Gulden und dessen Protestes, jedoch mit dem Beisatze, daß er zu seiner Befriedigung bezüglich desselben den andern Wechsel über 424 Gulden von A. erhalten und diesen Betrag auf sein Guthaben verrechnet habe. B. sage hierbei nicht, daß ihm hiernach noch eine Restforderung, bezüglich seines ursprünglichen Anspruchs, von 2000 Gulden im Betrage der Differenz beider Wechsel (176 fl.) oder überhaupt geblieben sei, und dies sei auch daraus nicht mit Nothwendigkeit zu folgern, weil B., wie er selbst angebe, zur Deckung jenes Gesammtbetrags außer jenem Wechsel noch andere Effecten erhalten habe. Das Vorbringen desselben gestatte einen Schluß auf die Möglichkeit eines Restanspruchs, enthalte aber keine Diffamation; sie müsse in der bestimmten Behauptung eines Anspruchs bestehen. Zudem seien Provokationen ihrem exceptionellen Charakter nach nicht zu begünstigen.

Erk. vom 15. März 1851 in Sachen des N. L. Mainz zu Offenbach, Provokanten, gegen Jonas Koppel daselbst, Provokaten, wegen berühmter Ansprüche.

Uebereinstimmend die Praxis des Obertribunals in Stuttgart nach dem Zeugnisse im 12. Bande des Seuffert'schen Archivs, Nr. 109: Aufforderung zur Klage nur bei Berühmung eines bestimmten Anspruchs statthaft.

4) Einfluß des Umstandes, daß eine Klage durch Provokation herbeigeführt wurde, auf die Frage: ob der an sich wegen des Gegenstandes, dessen Beschaffenheit die Zuständigkeit einer nicht gerichtlichen Behörde begründet, unzuständige Richter dadurch competent wird?

Der gewesene Rechner einer Stadtgemeinde richtete gegen

diese eine Provokation: Der Vorstand dieser Gemeinde berühme sich, daß er, Provokant, derselben aus seiner Verwaltung einen Receß verschulde, was unwahr sei, daher er veranlaßt sei, dieser Nachrede halber zu bitten, daß der Provokatin zum Austrag ihres Anspruchs eine bestimmte Frist bei Vermeidung der Auferlegung ewigen Stillschweigens anberaumt werde. Das Gericht erkannte nach gepflogener Verhandlung zu Gunsten des Provokanten. Nachdem dieses Urtheil die Rechtskraft beschritten hatte, erhob die Provokatin die entsprechende Klage auf Zahlung des Betrags des Passivrecesses des Provokanten. Der nunmehrige Beklagte excipirte namentlich dahin, daß die Frage, ob und in welchem Betrage er einen Receß verschulde, lediglich der oberen Rechnungsbehörde angehöre, und so der Zuständigkeit des Richters entzogen sei. Das Erkenntniß zweiter Instanz, dahin gehend, daß die Klage, als zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung ungeeignet, angebrachtermaßen zu verwerfen sei, wurde auf Oberberufung der Klägerin von dem obersten Gericht bestätigt, und zwar darum: Die Frage, ob die zur Hand genommene Provokation das Recht des Provokaten zur Beschreitung des Rechtswegs begründe, wenn dieser Weg zu Folge organischer Staatseinrichtungen und gesetzlicher Vorschrift an sich abgeschnitten sei [17]), sei zu verneinen, da die Wirksamkeit solcher Normen von der Willkühr der Privaten unabhängig sei, und weder durch ausdrückliche, noch durch stillschweigende Uebereinkunft aufgehoben werden könne; jenes rechtskräftige Erkenntniß könne nicht die Wirkung äußern, daß der Richter in den Kreis der Verwaltungsbehörde eingreifen und das demselben Angehörende in das Gebiet der Justiz herüberziehen dürfe.

Erkenntniß vom 14. November 1839 in Sachen der Stadt Herbstein, Provokatin, Klägerin, gegen Christoph Schad daselbst, Provokanten, Beklagten, Receßansprüche aus der Stadtrechnung von dem Jahr 1819 betreffend.

17) Eigenbrodt: Das Verhältniß der Gerichte zur Verwaltung im Großherzogthum Hessen mit Entscheidungen des Staatsraths in Darmstadt, 1840, § 26: Revision und Abschluß der Rechnungen des Staats, der Gemeinden rc. S. 122—135. Beruf der Rechnungskammer, eingesetzt durch Verordnung vom 23. Juni 1821.

Anhang.

Zur Lehre von der provocatio si contendat.[18])

Das Mittelgericht verwarf als Gericht erster Instanz ein Provokationsgesuch, worauf Provokant sich mit einer außergerichtlichen Beschwerde an das oberste Gericht wendete, indessen ohne Erfolg. Dasselbe resolvirte: Da

1) nach dem gesetzlichen Grundsatze, daß Niemand gegen seinen Willen zu klagen und die nachtheilige Rolle des Klägers zu übernehmen gezwungen werden könne, eine Provokation nur dadurch rechtlich begründet sein kann, daß durch die Verzögerung des Provokaten Ansprüche, die er gegen Provokanten zu haben, sich berühmt, oder wirklich haben könnte, einer gerichtlichen Entscheidung zu unterwerfen, Letzterem hinsichtlich der Rechte, die er solchen Ansprüchen entgegenzusetzen hat, irgend ein Verlust oder Nachtheil droht, woraus

2) von selbst folgt, daß die Meinung der Rechtslehrer wohl die consequentere sei, welche die Provokationen als außerordentliches Rechtsmittel blos in dem Fall zulassen, wenn dem Provokanten kein anderer Rechtsweg übrig bleibt, um seine Zuständigkeiten gegen den Provokaten geltend zu machen, hiernach, was

3) insbesondere die provocatio ex lege si contendat betrifft, die hier, indem Querulant seinen Gegner auffordert, aus dem mit ihm eingegangenen Handel zu klagen, damit er seine Einreden vorbringen könne, allein eintritt, also nur dann stattfinden kann, wenn Provokant bei längerer Zurückhaltung der ihm bevorstehenden Klage befürchten muß, Einreden, oder wenigstens den Beweis derselben zu verlieren, und das Recht, auf welches sich seine Einreden stützen, nicht selbst durch eine Klage verfolgen kann; [19])

---

18) Der Art. 784 des Entwurfs der Prozeßordnung lautet: „Eine Aufforderung zur Klage findet statt, wenn der Auffordernde der Klage des aufgeforderten Einreden entgegenzusetzen hat, welche bei längerer Verzögerung der Anstellung der Klage ihre Zulässigkeit oder Wirksamkeit verlieren würden. Wegen bloßer Gefahr des Verlustes von Beweismitteln findet die Aufforderung nicht statt.“ Viel umfassender ist sonach jenes Coburgische Gesetz.

19) Der Beschwerdeführer bezog sich darauf, fast alle Rechtslehrer stimmten

4) ein solches Verhältniß des Querulanten durchaus nicht vorliegt, da ihm die Einrede, welche er gegen seine Verkäufer zu haben behauptet, so lange dieser nicht klagt, nicht allein unverloren bleibt, sondern ihm auch mehrere Klagen gegen denselben zu Gebote stehen, wodurch er sich vollkommen sichern kann, da er sowohl durch die actio emti, als auch mit der redhibitorischen Klage auf Vernichtung des Handels und Zurücknahme des Pferdes klagen kann, ohne daß ihm der Umstand, daß er den Kaufschilling noch nicht bezahlt hat, entgegen steht, da mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nur die vom Kläger verlangte Erfüllung eines Contracts verweigert, keineswegs aber die Klage auf Annulirung desselben und Befreiung von den darin übernommenen Verbindlichkeiten zurückgewiesen, auch die redhibitorische Klage, da sie nicht auf Zurückforderung des Kaufgeldes beschränkt ist, allerdings auch vor Leistung dieser Zahlung erhoben werden kann,

so wird die erhobene Beschwerde als unstatthaft verworfen.

Verfügung vom 2. April 1828 in Sachen des Jagdjunkers und Oberforstcollegs-Assessors Freiherrn v. Blumenstein in Darmstadt, Provokanten und Querulanten, gegen den Stallmeister Wolf in Kassel, Provokaten und Querulaten, Pferdehandel betreffend.

Vgl. Wetzell a. a. O. S. 71—74. A. Martin Ueber den Begriff und die Begründung der sog. Provocatio ex lege si contendat (S. 257—345 des ersten Bandes des Magazins für den gem. deutschen bürgerlichen Prozeß). Heffter: System des römischen und deutschen Civil-Prozeßrechts, 1843, S. 506 ꝛc. Bayer: Theorie der summarischen Prozesse, 6. Aufl., 1853, §. 58, S. 142 ꝛc.

dahin überein, daß diese Provokation auch dann Raum finde, wenn dem Provokanten auch ein ordentliches Rechtsmittel mit gleichgünstigem Erfolg zu Gebote stehe, und bezog sich namentlich auf den Glück'schen Commentar, Th. 6, §. 533 b. und Claproth, Summarischer Prozeß, §. 285 ꝛc.